

NECESIDAD DE UNA APROXIMACIÓN PERSONALISTA AL DERECHO

Dr. José María de la Cuesta Rute. UCM

Bogotá, agosto, 2013

1.- Pido perdón por ser un intruso que viene a suplicar a ustedes que no dejen al derecho al margen de la materia de sus preocupaciones investigadoras.

2.- Mi dedicación a la enseñanza y a la práctica del derecho, y en concreto del derecho mercantil o comercial, me ha obligado a profundizar un poco en el *sentido del derecho*, y tengo que confesar a ustedes que lo que veo a mi alrededor no me gusta.

3.- Y no me gusta porque cualquiera que sea el momento que observe, sea el de *creación* de las normas por el legislador sea el de su *aplicación* por los tribunales, pasando por el de su *interpretación* por los autores, siempre se presenta como una pieza indispensable para el puzle en que consiste el sistema político-social fabricado bajo un diseño de ingeniería social y de conductismo en el que quedan difuminados, cuando no borrados, los perfiles del hombre. Suelo repetir por encontrarlo muy expresivo de la realidad actual el verso del viejo romance “*con la grande polvareda perdimos a don Beltrán*”. Mi preocupación intelectual de los últimos años, que son ya los que se encuentran en la “última vuelta del camino” como diría **BAROJA**, se centra en la recuperación del hombre real, el hombre de carne y hueso, el único que tiene existencia, en vista del cual se explica y justifica el derecho.

4.- Mi dedicación al derecho mercantil o comercial me llevó, en cumplimiento de la sabia máxima del Digesto, a intentar entender el mundo de la economía. Y con ese horizonte, descubrí que las aportaciones más sugestivas por certeras y convincentes eran las de aquellos que estudian la ciencia económica desde presupuestos metodológicos de la praxeología o de la acción humana. Y advertí el pleno ajustamiento de

este modo de pensar a la realidad de un mundo en verdad humano, del mundo en que *don Beltrán* es el protagonista. Ello me hizo pensar muy seriamente en la posibilidad de hablar de un *personalismo jurídico* de la misma forma que era posible referirse a un *personalismo económico* (A él se refiere el prestigioso economista argentino, **A. Chafuen**, al tratar de la praxeología que él mismo profesa, en un excelente trabajo, recogido en unión de los de otros autores en un libro de 2.002 titulado "*Il coraggio della libertà*").

5.- Por otro lado, mis lecturas de filósofos confesadamente personalistas me han permitido forjarme la ilusión de que ese modo de pensar era el apropiado para encontrar el fundamento del derecho y para fecundar en consecuencia la labor del jurista separándola de la del leguleyo o legista. Sin embargo me encuentro con que los filósofos personalistas reducen el momento de la normatividad humana a la que integra la moral o la ética, manifestando, implícitamente cuando no explícitamente, su desdén por el derecho.

6.- Vaya por delante que comprendo ese desdén pues no puede merecer aprecio un conjunto de reglas que se impone coactivamente sin otra razón que la de ser formuladas por quién *puede* hacerlo. El poder, al que se atribuye el monopolio de la fuerza, se tiene en virtud de algo tan instrumental como el haber sido investido, según un determinado procedimiento, de lo que se dice ser *representación* de la comunidad constituida por en cuanto que partícipes de la soberanía del pueblo. Nótese que, aunque esa investidura se atiene, por un lado, a unas reglas pertenecientes al orden jurídico y se legitima, por otro, mediante la invocación de una institución también jurídica como lo es la representación, ni mucho menos quedan cubiertos de formalidad propiamente jurídica todos sus flancos sensibles, que, por lo tanto, se dejan al descubierto, como se aprecia a poco que se razone sin prejuicios. En primer lugar, el poder, descrito como se ha esbozado, determina qué sea regla de derecho sin necesidad de acogerse a ningún criterio objetivo ni a paradigma alguno. La regla expresa tan solo el puro arbitrio del soberano en cada momento; en segundo término, la desustanciación de la representación como tal institución acaba por no significar nada que no

sea un ardid o estratagema susceptible de encubrir tanto la ambición de poder como su carácter extractivo que, por ello, inclina a la corrupción. Ante este panorama se comprende que los filósofos se conduzcan desdeñosamente en relación con el derecho.

7.- Pero es suficiente una pequeña reflexión para advertir que no ha sido siempre así. El desdén se produce, en rigor, desde la aceptación sin fisuras del *positivismo jurídico* y, más concretamente, del *positivismo legalista*. Al darnos cuenta de esto, queda al descubierto la especie de *círculo infernal* en que nos encontramos sumidos. De un lado, el positivismo aleja a los filósofos de la reflexión sobre el derecho; de otro, la carencia de reflexión filosófica potencia y robustece el positivismo. Y en el centro de ese infernal círculo, nuestro *don Beltrán*.

8.- Porque el derecho es imprescindible para el desenvolvimiento de la vida del hombre; esto es, para *su* vida, dado que ésta consiste en un proceso; la vida del hombre es biografía. Y ese desenvolverse tiene lugar en compañía de los otros. Necesario se hace, pues, el derecho que tanto marca ámbitos de “dominio” de uno mismo y señala a los demás un deber de abstenerse respecto de esos ámbitos como determina las circunstancias mejores en que han de realizarse las tareas de imprescindible cooperación.

9.- De acuerdo con lo anterior, el derecho estatuye al hombre en sujeto de su obrar, es decir, en *persona* y, en consecuencia, ha de atenerse a su constitutivo esencial de *ser libre* y, por lo tanto, de poder determinarse a la acción y además de *responder* de ella. Las instituciones jurídicas serán las pautas que, desde esas perspectivas, se adecúen a la justicia y a la prudencia y que, en consecuencia, hacen pacífica la convivencia.

10.- En cuanto a la justicia, es necesario decir que, aunque, sin duda, se trata de la virtud de la justicia, el derecho sólo considera su aspecto o dimensión *objetiva*. Al derecho no le importa lo que el cumplimiento de las normas perfeccione al sujeto, sino que las normas se cumplan. En cuanto a la prudencia, se trata de la virtud propia de los gobernantes según la que los actos de gobierno deben ponderar todas las circunstancias de tiempo y lugar; por lo tanto, la prudencia alcanza no sólo

a los gobernantes sino a los jueces e incluso a quienes interpretan las normas. Por otra parte, a la justicia no sólo deben adecuarse las relaciones entre iguales u horizontales, sino también las verticales o establecidas entre los miembros de la comunidad y quien tiene (el deber de) “su cuidado”.

11.- Por ese unidimensionalismo de las virtudes por él concernidas, el derecho se distingue de la moral. Pero no sólo por eso, porque ni el derecho se propone hacer virtuoso al hombre ni que éste lo sea resulta imprescindible para que pueda fluir pacíficamente la convivencia en el seno de la comunidad, que es la finalidad propia del orden jurídico.

12.- Que la moral integre una esfera de normatividad para el hombre distinta del derecho y, en este sentido, se trate de dos esferas autónomas, no significa que entre ellas no haya de haber continuidad. En esto se suelen involucrar dos cosas distintas. De una parte, se habla repetidamente de la *crisis de valores* como verdadera causa de los males sociales y, consiguientemente, se alude por parte de quienes advierten la diferencia entre moral y derecho a la necesidad de que éste incorpore un *mínimo de eticidad*; de otro lado, referido así el derecho a la moral, es inevitable que se planteen las cuestiones acerca de qué orden moral hablamos, de cuál deba ser el alcance del mínimo de moralidad; es claro que a estas preguntas subyace la convicción de la necesidad del *pluralismo* en el seno de la sociedad.

La conexión entre derecho y moral queda establecida por referencia a la prudencia y al sentido objetivo de la justicia, pero cuya efectividad alcance tanto a las relaciones *horizontales* como a las *verticales*, por ser imprescindible para garantizar la pacífica convivencia. La llamada *Fórmula de Radbruch* encierra un principio sumamente fecundo: No puede tenerse por jurídica la norma que, aun promulgada según las pautas de forma propias del derecho, no se atiene al principio fundamental de la justicia que impone tratar igual a todos los hombres. Sin duda que el trato igual se impone por reconocerles a todos igual dignidad. En ese orden de principios es eso lo que impone la justicia, porque, fuera de ese marco, “lo suyo” que ordena dar a uno la justicia es lo que le corresponda, que ya no deberá medirse por la dignidad, sino por otras circunstancias tales como lo

que cada uno haga o dé al otro o con lo que cada uno contribuya a la sociedad.

13.- Si moral y derecho integran esferas autónomas, ¿en dónde situar el fundamento del derecho? En la actualidad no es fecundo acudir al derecho natural. Lo esterilizó a esos efectos la “Escuela del derecho natural” hija del racionalismo y de la Reforma y cuyas creaciones acerca del derecho natural son las dominantes en la actualidad. Es sencillamente inaceptable considerar que el derecho natural constituye un ordenamiento completo que duplica el positivo y que es fruto de un deductivismo conceptual que, en cuanto originado en la naturaleza del hombre, lo configura como permanente e inmutable. En primer lugar, el recurso a la razón racionalista como último recurso hace insoslayable admitir cualquier noción de naturaleza, cuyo concepto entonces se hace precisamente *inestable* pues queda sometido a las nuevas concepciones derivadas de los avances en el conocimiento científico, especialmente de la biología; de otra parte, y como aparente paradoja, de una naturaleza concebida al modo biologista se sigue un *fijismo ahistórico* incompatible con el obrar humano. Estas consideraciones no eran en absoluto de posible formulación con referencia al derecho natural clásico de inspiración católica. Pero a esta inspiración se la considera rechazable a causa del actual marasmo intelectual que rechaza todo lo que se supone inspirado por la religión sin parar mientes en el grado de corrección y de verdad que encierre independientemente de aquella inspiración, con lo que de paso se puede seguir alimentando el prejuicio antirreligioso al no reparar en la consistencia de la religión cristiana con la verdad objetiva; se puede seguir manteniéndola falacia de la oposición entre razón y fe; la primera, el mundo de la luz mientras la segunda, el de las tinieblas y la oscuridad.

Por otra parte, pretender fundamentar el derecho en la naturaleza resulta infecundo. Es claro que una consideración biologista de la naturaleza humana consagra el Proyecto Gran Simio. Pero aún sin llegar a semejante biologismo, el necesario reconocimiento del pluralismo y la sumisión al cientifismo conducen a resultados rechazables. Piénsese en **DWORKIN** y

en su tercera vía sobre el iusnaturalismo (cfr. **F.J.CONTRERAS**: *¿Debemos alegrarnos de la muerte del positivismo jurídico?* <http://www.latoga.es>)

Pero el hombre es un *alguien* que está lejos de ser el mero resultado de la interrelación molecular y de los genes. Para apreciar lo errado de un mero biologismo apegado al ámbito de las “especies” y situarnos en el mundo de la persona será suficiente hacernos la pregunta ¿qué individuo de qué otra especie animal con cualquier número de genes comunes al hombre podría conducirse como **Maximiliano KOLBE**?

El derecho debe referirse a la “condición” de la persona antes que a su naturaleza para evitar el riesgo de cualquier “naturismo”, capaz, por otra parte, de fundar el *transhumanismo* (cfr. **A. MARCOS**: “El proyecto gran simio” y “Los fundamentos de la biopolítica” <http://www.umng.edu.co/documents/63968/78033/marcos.pdf>).

También ahora, a fin de ahorrar tiempo y espacio, creo será suficiente recordar el cuento de la rana porteadora del escorpión; sinceramente de la misma manera que, por desgracia, la actitud de **KOLBE** no puede reconocerse como común, aunque lo sean actitudes semejantes de tono menor y desde luego esté en la capacidad de todo hombre emularla, ahora, en cambio, podemos decir que, por fortuna, la conducta del escorpión, determinada por su *instinto*, no es propia de la condición humana aunque pueda haber hombres desagradecidos, pero esto es ya otra cosa diferente.

14.- Puede acaso encontrarse fundamento para el derecho en la *teoría de los derechos humanos*. Pero también ahora encontramos dificultades para aceptar ese fundamento. No habrían de presentarse objeciones si no fuese porque no se puede tener por sólido lo que se entiende por derechos humanos. En las Primeras Declaraciones, especialmente en la de Filadelfia, es claro que esos derechos se establecieron como definidores de un *ámbito de libertad* para el hombre y, en ese sentido, como *límites al poder del soberano*. Pero, quizá por no haber sido objeto de un estudio en serio y además desde criterios de la persona por parte de los iusfilósofos pero también por haber coincidido con el recurso al *contrato social* y con la proclamación de la *soberanía del pueblo* sobre la plantilla de las falacias rousseauianas, los derechos humanos se transmutan en *aspiraciones* y

deseos más o menos vagos (de derechos sociales o de segunda y sucesivas generaciones se habla) que no tienen nada que ver con la justicia sino que se proponen como pretensiones de los hombres frente a quien únicamente podría satisfacerlas, esto es, el poder político al que paradójicamente no se duda en investirle de competencias y de las congruentes *potestades* para procurar satisfacer aquellas pretensiones. Con lo que además de confrontarse esta percepción con la que se desprende de la recta concepción de los derechos humanos, éstos pierden su efectividad de verdaderos derechos subjetivos y se adecúan a la teoría que se establece sobre ellos y que arruina los conceptos más elementales de justicia y de derecho. Ya la justicia no será dar a cada uno lo suyo, porque “lo suyo” se convierte en algo mudable que no responde a nada que no sea el arbitrio del poder al que se encarga la definición en cada caso de eso tan difuso e inexpresivo como el “*interés público*”, cuya referencia meramente subjetiva le distancia del objetivo *bien común* del que ya ni siquiera se habla.

15.- Si se volviera a los derechos humanos, concebidos como *derechos naturales* y desde luego como *verdaderos derechos* como los concebían los autores de la Escuela de Salamanca se observaría que esos derechos tienen como presupuesto a la persona. La persona es más que el fundamento, el presupuesto de los derechos (lo que es de suma importancia, por cierto, para el debate acerca del aborto y la eutanasia). Pero los derechos son el fundamento del derecho, de la realidad derecho. Y desde luego estos derechos, a su vez, introducen la justicia en las relaciones entre los hombres. Por eso su *fundamento*, el de todos, está en el reconocimiento de la igualdad de todas las personas por el hecho de serlo y que, por consiguiente, merecen un igual trato; en definitiva, el fundamento se encuentra en la *común dignidad humana* (se puede reconocer así lo que de exacto tiene la “*fórmula de RADBRUCH*”). De aquella común dignidad derivan los ámbitos particulares de dominio que expresan los demás derechos humanos. En esos ámbitos, exentos a toda injerencia ajena, quedan comprendidas todas las relaciones propias del hombre.

16.- De ahí la importancia que concedo al pensamiento personalista y mi atrevimiento de suplicar a quienes lo profesan que incluyan al derecho en el elenco de sus preocupaciones a fin de que, siendo lo que debe ser, pueda cumplir su finalidad de ser cauce o camino por el que discurra la vida del hombre libre y responsable, a la vez que se libere a la sociedad de su verdadero y real allanamiento por parte del poder; las constantes referencias a la *sociedad civil* no son más que añoranza por su ausencia. Como consecuencia además, se podrá adquirir una verdadera perspectiva del poder político que también nos lo muestre liberado de las críticas a que se ha hecho acreedor con todo merecimiento.

Por lo demás, debo decir que me apena ver cómo se intentan iluminar caminos por parte de los personalistas sin tener resuelto antes lo que podríamos llamar el *problema del fundamento del derecho*. El caso es que, como, aunque se ignore, esos caminos están necesariamente impregnados de juridicidad, pretender iluminarlos de espaldas al derecho, me perdonarán si les digo que no es inútil, es perturbador pues que, con mengua de la libertad y, por consiguiente, en detrimento de la condición de hombre, se refuerza el poder político de cuya *legitimidad de ejercicio* en la actualidad está todo por decir puesto que ni siquiera se habla de ello.

San Lorenzo de El Escorial para Bogotá, agosto de 2.013